

3. O processo de licenciamento urbanístico-ambiental

O modelo tradicional de licenciamento urbanístico adapta-se bem a determinadas tipologias de edificação, como as de uso residencial. O procedimento corrente, após a concessão da licença para construir, implica tanto em *controle concomitante* (durante a execução da obra, com notificações e comunicações), quanto *controle sucessivo/repressivo (ex post factum)*, por meio de vistorias e, enfim, da expedição do “habite-se” (denominado Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra, em Curitiba), ou seja, de permissão para ocupação do edifício, estando este de acordo com os termos da licença original. Havendo descompasso, necessária sua adequação.

Nada obstante, grande parte das construções nos centros urbanos destina-se a finalidades próprias, tais como estabelecimentos comerciais e de recreação, dos mais diversos portes. Nesses casos, para além da aprovação do projeto do edifício em si mesmo – e, em geral, somente depois de concluído este –, é necessário proceder-se ao licenciamento das atividades que nele serão levadas a cabo, potencialmente mais impactantes no meio ambiente urbano do que a própria atividade construtiva. Tais licenças são comumente denominadas “comerciais”, “industriais”, “alvará de localização” ou ainda “de funcionamento” e integram também uma apreciação sobre os *usos* permitidos, proibidos e permissíveis/tolerados em cada zona da cidade. A classificação engendrada por Hely Lopes Meirelles¹ é útil neste quesito:

- a) usos conformes ou permitidos: exercê-los é *direito subjetivo* do particular, assim como ampliar o estabelecimento/construção;
- b) usos desconformes ou proibidos: os usos incompatíveis com o zoneamento podem ser sumariamente impedidos a não ser que haja *pré-ocupação* em relação à legislação restritiva, caso em que poderá o mesmo seguir funcionando, uma vez iniciado, mas não poderá ser ampliado;
- c) usos tolerados ou permissíveis: dependem de *autorização* do órgão competente no Município, decorrendo de mera liberalidade precária.

A questão tem batido à porta da magistratura. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, assentou a hermenêutica de que “uso desconforme é aquele que se mostra contrário ao Plano Diretor e, sem que ocorra hipótese de pré-ocupação, autoriza o Município a negar alvará de funcionamento e, se já concedido, de ofício anulá-lo. Não se configura pré-ocupação se, no momento da entrada em vigor da nova lei, não havia uso conforme a ser garantido e, sim, o uso se dera no passado e, na hipótese, há quase dez anos. Concomitância não comprovada” (RJTJRS 161:411).

¹ MEIRELLES, H. L. Op. cit., p. 525-526.

Conforme narra Pedro Tavares Maluf, na vertente do direito comparado, a concessão das licenças urbanísticas pode ir além, analisando, no caso do ordenamento português, ao menos desde a introdução do Decreto-Lei n. 61/1995, a coincidência do uso que se pretende fazer do solo com os diversos planos de ordenamento, inclusive os regionais, quando devem ser submetidos os pedidos à autoridade central para o chamado *juízo de compatibilidade*, que, porém, não feriria a repartição de poderes².

O volume de informações e a variedade de interferências provocadas no entorno e na urbe como um todo exige, não raro, Estudo de Impacto Ambiental e/ou Estudo de Impacto de Vizinhança. O primeiro pode ser regulamentado nos níveis estadual e municipal, ao passo que o segundo enquadra-se eminentemente na competência legislativa de interesse local e não é auto-aplicável, o que obstaculiza seu emprego pela inércia do legislador (a jurisprudência tem admitido regulamentação via decreto³)

É notória a insuficiência dos diagnósticos do chamado “meio socioeconômico” nos estudos de impacto ambiental, mormente nos que dizem respeito a grandes empreendimentos⁴. Isso, a despeito do art. 6º, I, ‘c’, da Resolução n. 01/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, que determina a inclusão dos aspectos culturais, históricos, urbanísticos, enfim, humanos (meio ambiente artificial), no licenciamento ambiental:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

1 - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como

² MALUF, Pedro Tavares. *Licença edilícia e plano urbanístico no direito português*. In: DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords.) *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 405.

³ "ADMINISTRATIVO. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Prevendo o Decreto 040/05 do Município de Santa Maria que o funcionamento de estabelecimentos comerciais no horário da madrugada deve ser precedido de estudo de impacto de vizinhança, é dado ao Município, no exercício do seu poder de polícia, vedar o funcionamento de estabelecimento neste período se o estudo assim recomendar. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO." (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70.014.612.550, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Araken de Assis, julgado em 28/06/2006).

⁴ Inúmeros trabalhos acadêmicos têm chamado atenção para este viés. Sandra Cureau, Subprocuradora-Geral da República e coordenadora da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural), conclui, entre outras coisas, que: "(...) 5. Devido ao grau de participação social ainda insuficiente e à deficiência dos estudos sobre o chamado meio sociocultural, as condições socioambientais e econômicas não estão sendo repostas, em muitos casos, de modo a permitir a reprodução do meio e do modo de vida dessas populações; 6. os estudos ambientais são insuficientes e falhos. Para a questão social, é fundamental que, além das metodologias quantitativas, sejam empregados métodos qualitativos e participativos; 7. como os diagnósticos têm sido falhos, a identificação e a avaliação de impactos socioculturais também têm sido deficientes e as propostas de medidas mitigadoras insuficientes (...)" (CUREAU, Sandra. *A deficiência de avaliação do chamado meio sociocultural, nos estudos de impacto ambiental, e suas conseqüências para as comunidades afetadas pelas grandes obras*. In: GALLI, Alessandra (coord.) *Direito Socioambiental*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2010, p. 394).

existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

Por esta razão, trouxe o Estatuto da Cidade o instrumento do Estudo de Impacto de Vizinhança⁵, expressamente autônomo em relação ao EIA-RIMA, embora não haja impedimento para que ambos sejam realizados simultânea ou paralelamente. Ao contrário, a tendência vai no sentido da sua conjugação num processo único de licenciamento urbanístico-ambiental:

A rigor, o segundo [Estudo de Impacto de Vizinhança] nem seria necessário, pois o Estudo de Impacto Ambiental obviamente se refere também ao meio ambiente urbano. Talvez a criação do segundo se deva ao costume ou ao preconceito no sentido de tomar a expressão “meio ambiente” como abrangendo apenas o ambiente natural, os recursos naturais, tais como florestas, águas, montanhas, etc. Na verdade, o meio ambiente a ser preservado abrange tanto os bens naturais como os bens culturais. O que deve variar, diante do caso concreto, é a forma, a metodologia, de realização do estudo, que será sempre um Estudo de Impacto Ambiental.⁶

À divergência sobre a competência *ratione materiae* agregam-se as disputas entre instâncias federativas, havendo quem, como Edis Milaré⁷ pugne pela possibilidade de pluralidade de licenciamento em paralelo. Malgrado a escassez de jurisprudência sobre o tema e a resistência dos organismos de proteção ambiental em considerar a dimensão urbanística dos referidos impactos, o art. 10, §1º da Resolução

⁵ Art. 36. *Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.*

Art. 37. *O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.*

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. *A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.*

⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Instrumentos da Política Urbana*. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84-85.

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente*, p. 320.

CONAMA n. 237/1997⁸ obriga os Municípios a apresentar aos entes estaduais ou federais competentes para o licenciamento declaração de conformidade do empreendimento com a legislação local de uso e ocupação do solo:

Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

§ 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Nos Estados Unidos da América, berço do EIA-RIMA, caso paradigmático foi apreciado pela *Court of Appeals of New York* no ano de 1986. A Associação de Trabalhadores e Empregados Chineses ajuizou demanda contra o Município (*City of New York*), alegando que as alterações no planejamento urbano da região de *Chinatown*, desconsideraram que a introdução de condomínios de luxo aceleraria a retirada de residentes e comerciantes e alteraria em demasia as características da comunidade local. A ré respondeu que não havia previsão legal explícita de necessidade de estudo sobre impacto social ou econômico em Manhattan. Ao final, o tribunal decidiu que “os padrões existentes de concentração, distribuição ou crescimento da população e as características da comunidade ou vizinhança, bem como o potencial deslocamento, em longo termo, de residentes e comerciantes, **são condições físicas que necessariamente devem ser consideradas pela agência quando da análise do potencial do projeto em causar efeitos significativos no ambiente**”⁹.

No tocante ao EIV propriamente, a doutrina brasileira indica que, à semelhança de seu congênere ambiental¹⁰, sua elaboração e dados não suprimem inteiramente o juízo de conveniência e oportunidade do administrador, já que oferece alternativas diversas a serem por ele avaliadas, na sua correlação custo-benefício. Todavia, estabelece um grau a mais de exigência, recaindo não sobre o conteúdo da decisão pública em si, mas sobre sua motivação, sua *reserva de consistência*. O agente

⁸ Além de repassar-lhes a competência licenciatória, em determinadas hipóteses, como de edificação: “Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.”

⁹ *Cinhes Staff and Workers Association v. City of New York*, 68 N.Y.2d 359,363 (1986). Conferir: BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. *Estudo de Impacto Ambiental (EIV) e Estudo de Impacto de Vizinhança*. In: AHMED, Flávio (org.). *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 78.

¹⁰ “A não vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o EIA não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. P. 212)

decisório poderá adotar uma das várias soluções fornecidas pelo EIV, porém deverá fundamentar tecnicamente a escolha, além de submetê-la ao crivo da população, via audiências públicas e outras formas de gestão democrática:

A participação popular, ao lado do EIV, também serve como elemento limitador da discricionariedade administrativa, podendo vincular absoluta ou relativamente a vontade do administrador público aos resultados proferidos na discussão pública.¹¹

Se o resultado das audiências públicas não atrela cabalmente a Administração, serve para *interpretar e direcionar* os resultados do estudo de impacto e pode subsidiar, inclusive, o gestor com elementos embaixadores da negativa do alvará para a atividade potencialmente lesiva, cuja concessão, classicamente, seria ato vinculado. Auxilia, assim, o Município a adentrar no *mérito técnico* da questão, ampliando sua margem de apreciação para além dos aspectos formais da *licença*, quase como se *autorização*, de fato, fosse.

Dada a quantidade de órgãos intervenientes nos processos de licenciamento (em Curitiba, a título de exemplo, participam de qualquer licenciamento de atividades comerciais as Secretarias de Urbanismo, Meio Ambiente, Finanças e Saúde, através da Vigilância Sanitária, afora as instituições estaduais), é constante a discrepância de prazos e exigências, dilatando o fluxo para regularização dos estabelecimentos e dificultando sobremaneira a fiscalização posterior e expondo a risco a coletividade¹².

Por sua vez, é de fácil observação que os gargalos normativos e a deficiência do devido processo administrativo, nesta vertente, resulta amiúde em decisões judiciais contrárias à defesa ordem urbanística, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e do direito adquirido.

Nem por outra razão, por ocasião do 1º Congresso de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado no Município de Amaro/SP, em 2003, foi aprovada a Tese nº 9, inserida no tema "*Ministério Público e a Defesa da Ordem Urbanística: uma visão a partir do Estatuto da Cidade*", pelo Dr. Antônio Alberto Machado, de seguinte teor:

9 - O Ministério Público, na defesa da sustentabilidade urbana, poderá promover ação civil pública, *na forma da lei municipal a que se refere o art. 36 do Estatuto da Cidade* ou da legislação ambiental pertinente, a fim de condenar o interessado na obrigação de elaborar Estudo Prévio de Impacto

¹¹ MENCIO, Mariana. *A influência do Estudo de Impacto de Vizinhaça na expedição da licença urbanística para construção de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente urbano*. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca et alli. *Estudos de Direito Urbanístico*. Vol 1. São Paulo: Editor Cetras Jurídicas, 2006, p. 88.

¹² A conclusão a que chegou a investigação promovida pelo Ministério Público do Estado do rio Grande do Sul, por exemplo, sobre a tragédia ocorrida na Boate Kiss, em Santa Maria, foi exatamente a existência de falhas reiteradas no processo de licenciamento, especialmente aquele conduzido pelo Corpo de Bombeiros, tendo acionado quatro agentes desta corporação por improbidade administrativa: <http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id32554.html?impressao=1>

de Vizinhança (EIV) e/ou de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), quando o mesmo for realizar empreendimento ou atividades que dependam de tais estudos prévios, tal como exigido pelos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade.